

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité du banquier dans les virements transfrontières

Thunis, Xavier

Published in:
Mélanges Christian Mouly

Publication date:
1998

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 1998, La responsabilité du banquier dans les virements transfrontières: le droit commun du virement face à la directive européenne du 27 janvier 1997. Dans *Mélanges Christian Mouly*. Litec, Paris, p. 417-436.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES VIREMENTS TRANSFRONTIERES : LE DROIT COMMUN DU VIREMENT FACE A LA DIRECTIVE EUROPEENNE DU 27 JANVIER 1997

par

Xavier THUNIS

Professeur à la Faculté de Droit de Namur - Belgique

*«J'aime la règle qui corrige l'émotion.
J'aime l'émotion qui corrige la règle».*
(G. Braque)

Il y a des êtres dont l'absence est une présence redoublée. Christian Mouly est naturellement présent au seuil de cet hommage, comme il reste présent depuis le 9 juillet 1994 dans mon jury de thèse montpelliérain. Un jour peut-être, je réussirai à penser en souriant à cet être de vie que la vie a repris et dont la lumière demeure.

★

★ ★

Fort discutée, la nature juridique du virement ⁽¹⁾ est un sujet dont Christian Mouly, maître fougueux du droit bancaire, eût aimé débattre et sur lequel son esprit original et rigoureux eût projeté des lumières nouvelles. Le virement bancaire, s'il a rapidement retenu l'attention doctrinale ⁽²⁾, mène une existence juridique somme toute paisible. Il répugne au mode de vie ostentatoire de ses concurrents, carte ou chèque beaucoup plus sujets aux fraudes et falsifications de tous ordres et se plie de bonne grâce aux traitements automatisés auxquels il offre un terrain d'élection. Et pourtant, ce père tranquille, qui ne désavoue pas une descendance lointaine ou

⁽¹⁾ V. en doctrine française M. Cabrillac, *V° Virement*, Jurisclasseur Banque et crédit, 1990, fascicule 390, n°13 et s., et les nombreuses références citées. En doctrine belge, A. Bruyneel, *Le virement*, in *La banque dans la vie quotidienne*, Ed. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1986, p.345 et s.; J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, 2ème éd., T. IV, Bruxelles, Bruylant, 1988, p.325 et s.

⁽²⁾ V. p. ex. R. Drouillat, *Étude juridique du virement en banque*, thèse, Poitiers, 1931.

turbulente⁽³⁾, a fini par attirer l'attention du législateur européen, qui lui consacre la directive du 27 janvier 1997⁽⁴⁾.

Cette directive, précédée par la loi-type de la CNUDCI sur les virements internationaux⁽⁵⁾, concerne les virements transfrontaliers⁽⁶⁾ d'un montant maximum de 50.000 écus effectués dans les devises des Etats membres et en écus (article 1er). L'objectif de la directive ressort clairement de l'exposé des motifs : il s'agit de promouvoir des «virements rapides, fiables et peu coûteux d'une partie à l'autre de la Communauté» (considérant n° 2) et de définir des règles améliorant la transparence et la qualité d'exécution des paiements transfrontaliers (cf. considérant n° 3). Le champ d'application de la directive a été âprement discuté⁽⁷⁾. Ceci se comprend au regard des obligations assez lourdes qu'elle impose aux établissements chargés de l'exécution des virements⁽⁸⁾. Elle se limite finalement aux virements de moyenne importance.

La directive prévoit des obligations d'information de la clientèle sur les conditions d'exécution des virements transfrontaliers (articles 3 et 4).

⁽³⁾ Sur les différentes tentatives pour ramener à la qualification de virement les paiements par carte et les transferts électroniques de fonds, M. Vasseur, *Le paiement électronique. Aspects juridiques*, J.C.P., 1985, I, 3206; X. Thunis, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Presses universitaires de Namur, 1996, p.87 et s.

⁽⁴⁾ Directive 97/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers, J.O., n°L 43, 14 février 1997, p.25 et s.

⁽⁵⁾ Cette loi-type, contrairement à ce que sa dénomination laisse penser, n'a pas de force obligatoire. Elle a été adoptée par la CNUDCI (Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International) en date du 15 mai 1992. Son contenu est proche de l'article 4A américain (Uniform Commercial Code), ce qui est un obstacle à son adoption par des pays de tradition juridique différente. Pour une analyse d'ensemble souvent critique de la loi-type, M. Vasseur, *Les principaux articles de la loi-type de la CNUDCI sur les virements internationaux et leur influence sur les travaux de la Commission de Bruxelles concernant les paiements transfrontaliers*, R.D.A.I., 1993, p.155 et s. (La loi-type est reproduite en annexe de cette étude).

⁽⁶⁾ Cette expression est celle de la directive. Il serait plus correct de parler de virement transfrontière.

⁽⁷⁾ Notre étude est centrée sur les obligations que la directive impose aux établissements chargés d'exécuter les virements. Pour plus de détails sur l'historique et le champ d'application de la directive, D. Devos, *Les virements transfrontaliers et la protection juridique des systèmes de paiement*, Institut Universitaire International Luxembourg (IUIL), AEBDF-Belgium, Bruxelles, 18-22 novembre 1996, p.3 et s.

⁽⁸⁾ Ceux-ci sont très largement définis à l'article 2 de la directive qui englobe les établissements de crédit (art. 2a) mais aussi, de façon générale, les établissements exécutant des virements transfrontaliers ou participant à l'exécution de ceux-ci (cf. art. 2b et art. 2e). Ceci paraît viser des établissements qui, tel SWIFT, transmettent les messages relatifs aux ordres de virement donnant lieu ultérieurement à un transfert de fonds entre les établissements teneurs de compte.

Ces obligations d'information servent un objectif de transparence des conditions bancaires. Cet objectif était déjà affirmé dans la Recommandation du 14 février 1990⁽⁹⁾ qui n'avait pas, aux yeux de la Commission, été suivie d'effets satisfaisants.

La directive prévoit aussi, dans la section III, des obligations minimales relatives à l'exécution des virements transfrontaliers :

1°) L'établissement du donneur d'ordre est tenu d'exécuter le virement dans le délai convenu avec le donneur d'ordre, ou en l'absence d'un tel délai, cinq jours bancaires ouvrables après acceptation de l'ordre de virement (article 6).

2°) L'ordre de virement doit être exécuté pour son montant intégral, sauf si le donneur d'ordre a spécifié que les frais devraient être imputés totalement ou en partie au bénéficiaire (article 7).

3°) L'inexécution de l'ordre donne lieu, à charge de l'établissement du donneur d'ordre, à une obligation de remboursement à concurrence de 12.500 écus majoré d'un intérêt et du montant des frais réglés par le donneur d'ordre (article 8).

L'objet de cette étude est d'analyser ces obligations «minimales» imposées par la directive et de les confronter aux solutions traditionnellement acceptées en droit belge et droit français, principalement à partir de la qualification juridique de mandat.

On examine donc successivement quel contenu le droit commun du virement et la directive donnent à l'obligation d'exécution de l'ordre de virement (Chapitre I) et à la responsabilité de l'établissement du donneur d'ordre en cas de défaillance d'un établissement intermédiaire (Chapitre II).

CHAPITRE I - L'OBLIGATION D'EXECUTION CORRECTE ET DILIGENTE

SECTION I - LE DROIT COMMUN DU VIREMENT

§ I - APERÇU DES INCIDENTS D'EXECUTION

Si on exclut les ordres de virement faux ou falsifiés qui échappent à la sollicitude de la directive, on peut distinguer deux catégories d'incidents dans l'exécution d'un ordre de virement.

⁽⁹⁾ Recommandation de la Commission du 14 février 1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières (J.O., n°L 67 du 15 mars 1990, p.39 et s.).

1°) Dans une première série d'hypothèses, l'ordre, régulièrement donné, correct à tout point de vue n'est pas exécuté par la banque ou fait l'objet d'une exécution tardive.

Si le compte présente un solde disponible suffisant, le banquier doit procéder à l'exécution de l'ordre⁽¹⁰⁾, conformément aux instructions données par le titulaire⁽¹¹⁾, dans les délais convenus ou normaux⁽¹²⁾.

Il doit, dit-on, exécuter l'ordre donné sans retard, avec promptitude. En l'absence d'intervention législative ou de convention expresse, la promptitude requise du banquier dans l'exécution de l'ordre n'est pas facile à définir⁽¹³⁾. Le banquier doit trouver un équilibre délicat entre son obligation de diligence et son devoir de contrôle du titre⁽¹⁴⁾.

Il ne faut pas oublier que la détermination de l'obligation de diligence peut être influencée par les règlements interbancaires⁽¹⁵⁾.

2°) Dans une seconde série d'hypothèses, l'ordre, régulièrement émis par l'émetteur autorisé, donne lieu à une exécution incorrecte⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁰⁾ Il s'agit d'un acte dû par le banquier à son client, en vertu du contrat de compte. Le système des dates de valeur n'a pas d'incidence sur la disponibilité des fonds inscrits en compte. V. Cass. fr. (com.) 27 juin 1995, Rev. trim. dr. com., 1995, p.820, obs. Cabrillac.

⁽¹¹⁾ Paris 29 mars 1989, D.S., 1991, Somm., p.30, obs. Vasseur; cf. aussi Paris 28 mars 1989, D.S., 1991, Somm., p.31. Comp. Cass. fr. (com.), 14 novembre 1989, D.S., 1991, Somm., p.33. Une banque doit également respecter le mandat donné au profit d'un tiers selon lequel tout ou partie des fonds en compte font l'objet d'une affectation spéciale en faveur de ce tiers. Paris 3 janvier 1984, D.S., 1984, I. R., p.306, obs. Vasseur; Paris 14 mars 1990, D.S., 1991, Somm., p.34, obs. Vasseur.

⁽¹²⁾ V. les délais cités par A. Bruyneel, *Le virement*, 1986, p.425; M. Cabrillac, *V° Virement*, Juriscl. Banque et Crédit, 1990, n°90 et s.

⁽¹³⁾ A. Bruyneel, op. cit., p.426 et s.; M. Cabrillac, *Le chèque et le virement*, Litec, 1980, p.217.

⁽¹⁴⁾ V. p. ex. à propos d'un ordre transmis par télégramme, forme qui laisse postuler l'urgence et ne permet pas toutes les vérifications souhaitables, Paris, 29 avril 1964, J.C.P., 1964, II, 13877, obs. Ch. Gavalda; Paris, 5 janvier 1973, Rev. trim. dr. com., 1973, p.310, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

⁽¹⁵⁾ En droit belge, cf. J.-P. Buyle et X. Thunis, *Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier*, Revue de droit commercial belge (ci-après R.D.C.B.), 1994/12, p.1116 et s.

⁽¹⁶⁾ Crédit du bon compte mais pour un montant incorrect, crédit d'un compte incorrect. Pour plus de détails, A. Bruyneel, op. cit., p.423 et s. La matière des doubles virements soulève des problèmes délicats notamment quand le bénéficiaire se prétend créancier du donneur d'ordre à d'autres titres ou encore que la banque du bénéficiaire entend tirer profit du double virement pour apurer le découvert du compte. Cf. Comm. Bruxelles, 20 octobre 1981, J.C.B., 1982, I, p.479 et s. En jurisprudence française, v. p. ex. Cass. fr.

En pratique, les choses sont complexes. Plusieurs banquiers sont parfois requis pour assurer l'exécution de l'ordre⁽¹⁷⁾. Une faute du donneur d'ordre (libellé incomplet ou incorrect) peut se combiner à un défaut de contrôle⁽¹⁸⁾ ou à une tentative de redressement malheureux des banques chargées de l'exécution de l'ordre⁽¹⁹⁾.

L'erreur ou le retard dans l'exécution peuvent causer un préjudice important au donneur d'ordre⁽²⁰⁾: perte de tout ou partie du montant si le pseudo-bénéficiaire, est insolvable⁽²¹⁾ ou refuse de restituer⁽²²⁾, perte de change⁽²³⁾, pénalités ou déchéances suite à un paiement hors délai⁽²⁴⁾.

Les montants en cause peuvent être considérables. Il n'est pas rare que les règlements bancaires prévoient des limitations de responsabilité⁽²⁵⁾ dont la validité doit s'apprécier à la lumière des principes généraux (interdiction de s'exonérer de son dol ou de vider le contrat de sa substance) et des lois particulières relatives aux clauses abusives⁽²⁶⁾.

(com.) 12 janvier 1988, D.S., 1989, Somm., p.329. Comp. Paris 5 avril 1990, D.S., 1992, Somm., p.25; Cass. fr. (com.) 10 janvier 1995, Rev. trim. dr. com., 1995, p.821, obs. Cabrillac.

⁽¹⁷⁾ V. p. ex. Paris, 22 septembre 1988, D.S., 1991, Somm., p.30; Trib. com. Paris, 18 décembre 1992, D.S., 1994, Somm., p.331, obs. Vasseur.

⁽¹⁸⁾ Comm. Bruxelles, 13 janvier 1992, R.D.C.B., 1993, p.980 et s.

⁽¹⁹⁾ V. p. ex. Mons, 13 février 1984, Rev. Banque 1984, p.49 et s. commenté par A. Bruyneel, op. cit., p.437 et s.

⁽²⁰⁾ Le retard ou le refus d'exécution peut aussi causer un préjudice irréversible au bénéficiaire si le donneur d'ordre devient par la suite insolvable. En matière de virement, v. la jurisprudence citée par Ph. Petel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, p.82 et s., not. Paris, 13 janvier 1984, D.S., 1984, I.R., p.306.

⁽²¹⁾ Mons 13 février 1984 précité.

⁽²²⁾ Cf. les exemples cités par M. Cabrillac, op. cit., 1980, p.218. V. pour un cas préjudiciable au bénéficiaire, Comm. Mons, 14 mai 1987, R.D.C.B., 1989/1, p.58 et s., où le donneur d'ordre, suite à une erreur de sa banque, n'avait pu créditer le bénéficiaire et, s'en étant aperçu, avait manifesté l'intention de révoquer son ordre de transfert.

⁽²³⁾ Paris 10 novembre 1962, J.C.P., 1963, II, 13016; Paris 11 décembre 1987, D.S., 1989, Somm., p.329, obs. Vasseur (erreur commise par une banque intermédiaire entraînant une perte de change pour la banque destinataire); Clermont-Ferrand, 8 mars 1994, D.S., 1994, Somm., p.333, obs. Vasseur.

⁽²⁴⁾ Cass. fr. (com.) 7 juin 1983, D., 1984, I, R. 90, obs. Vasseur.

⁽²⁵⁾ En jurisprudence belge, Bruxelles, 5 novembre 1993, R.D.C.B., 1994, p.1077 et s. En jurisprudence française, Cass. fr. (com.) 12 juin 1978, D., 1979, I.R., p.144 où la Cour se réfère à un délai «raisonnable et conforme aux usages» malgré la clause dans la convention de compte courant dispensant du respect des délais légaux.

⁽²⁶⁾ En jurisprudence belge, v. p. ex., Bruxelles, 5 novembre 1993, R.D.C.B., 1994, p.1077 et s., obs. J.-P. Buyle et X. Thunis. Sur l'ensemble de la question, C. Van Acker, *De wet betreffende de handelspraktijken en de financiële diensten*, in *Financiële Recht tussen oud en nieuw*, Maklu, Anvers, 1996, p.493 et s.

L'automatisation des systèmes de paiement, si elle renforce l'obligation de diligence du banquier ⁽²⁷⁾, ne change pas la nature des incidents de paiement : retard dans le transfert (électronique) de fonds ⁽²⁸⁾, transfert d'un montant inexact ⁽²⁹⁾, débit d'un montant excessif, etc...

§ II - LES SOLUTIONS DU DROIT CIVIL

Quelles solutions le droit civil prévoit-il en cas de mauvaise exécution d'un ordre de virement ? La matière est assez confuse et obscurcie par les qualités diverses, de dépositaire ou de mandataire, attribuées au banquier dans les transferts de fonds scripturaux. Il y a lieu, selon nous, de distinguer l'exécution incorrecte de l'exécution tardive.

1°) Envisageons d'abord l'exécution incorrecte. En vertu de l'article 1239 du Code civil, seul un paiement conforme aux instructions du donneur d'ordre libère le banquier de son obligation de restituer les fonds déposés.

La doctrine belge ⁽³⁰⁾, suivie par la jurisprudence ⁽³¹⁾, se fonde généralement sur l'article 1239 du Code civil pour justifier l'inopposabilité au titulaire du compte des virements faits par le banquier à un fraudeur.

⁽²⁷⁾ A ce sujet, cf. X. Thunis, op. cit., 1996, p.258 et s.

⁽²⁸⁾ *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.* 522 F. Supp. 820 (N. D. Ill 1981) *rev'd*, 673 F.2d 951 (7th Cir.) *cert denied* 459 US 1017 (1982). (2,1 millions de dollars de manque à gagner pour un retard dans un transfert de 27 000 dollars).

⁽²⁹⁾ V. Cass. fr. (com.) 17 juillet 1990, D. S. 1992, Somm. p.26 (banque effectuant un virement pour un montant supérieur au crédit en compte à la suite d'une erreur du système informatique central).

⁽³⁰⁾ A. Bruyneel, op. cit., p.419 et s.; J.-P. Buyle et O. Poelmans, *L'article 1239 du Code civil et les ordres de paiement portant fausse signature ou dont les mentions ont été falsifiées*, R.D.C.B., 1992/8, p.701 et s.; J.-F. Romain, *La responsabilité du banquier qui exécute un chèque ou un virement comportant une fausse signature*, note sous Cass., 27 septembre 1990, Rev. Banque, 1992, p.41 et s.

⁽³¹⁾ Comm. Bruxelles, 28 février 1985, R.D.C.B., 1985, p.626 et s.; Comm. Bruxelles, 12 septembre 1985, R.D.C.B., 1986, p.628 et s. Cf. aussi l'intéressante décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 25 mai 1988, R.D.C.B., 1990, p.74 et s. L'application de l'article 1239 du Code civil à la matière des ordres de virement a été remise en cause par Bruxelles, 18 décembre 1987, R.D.C.B., 1989, p.788 et s.; Bruxelles, 9 février 1990, R.D.C.B., 1992/8, p.701 et s.; Bruxelles, 10 septembre 1991, J.L.M.B., 1992, p.1085 et s., obs. F. De Patoul. En faveur de l'application de l'article 1239 du Code civil, Bruxelles, 7 février 1992, D.C.C.R., 1992/17, p.73 et s., note G.-L. Ballon. L'application de l'article 1239 du Code civil à la matière des virements ne va pas de soi. Le bénéficiaire d'un ordre peut-il être considéré comme quelqu'un « ayant pouvoir » au sens de l'article 1239 du Code civil (qui paraît viser un mandataire et non le créancier du donneur d'ordre). Aussi bien l'application de l'article 1239 du Code civil, avec des nuances aujourd'hui gommées, avait été qualifiée d'analogique (v. les

En d'autres termes, le banquier «qui paie mal paie deux fois» : une première fois au pseudo-bénéficiaire insolvable ou évanoui (personne n'ayant pas pouvoir de recevoir), une seconde fois au titulaire du compte (le «créancier» de l'article 1239 du Code civil).

La doctrine française fonde généralement l'obligation de restitution du banquier exécutant un ordre faux sur l'article 1937 du Code civil (obligation de restitution du dépositaire), combiné avec l'article 1239 du Code civil ⁽³²⁾.

On pourrait à croire, à première vue, qu'en cas d'exécution incorrecte de l'ordre, sans fraude, le banquier qui fait le mauvais paiement est tenu de restituer les fonds déposés au titulaire du compte. Qui paie mal ne doit-il pas payer deux fois ? Assez curieusement, la plupart des auteurs ⁽³³⁾, qui font référence explicite à l'article 1239 du Code civil pour régler la répartition des dommages en matière d'ordres frauduleux, en reviennent à la faute en cas de virement exécuté erronément. La logique de risque s'estompe. C'est la responsabilité contractuelle du banquier qui se trouve mise en cause et, si l'on admet qu'il est tenu d'une obligation de moyens, ce sera au client de démontrer sa faute. Cette solution s'écarte du régime rigoureux prévu par l'article 1239 du Code civil.

2°) L'hypothèse de l'exécution tardive, sans perte de fonds transférés, prête moins à hésitation. Le retard fautif astreint le banquier à la réparation du dommage causé, perte d'intérêts, perte de change, paiement d'une pénalité de retard, le tout dans les limites prévues aux articles 1150 et 1151 du Code civil qui restreignent la réparation au seul dommage prévisible ⁽³⁴⁾.

références citées par J.-F. Romain, op. cit., p.42).

⁽³²⁾ M. Cabrillac, op. cit., 1980, p.225 et s.; F. Grua, *Contrats bancaires*, t. 1, *Contrats de services*, Paris, Economica, p.138 et s., p.164 et s. Voir aussi D. Martin, note sous Paris, 7 janvier 1992 (D.S., 1992, p.395 et s.) qui s'interroge, non sans humour, sur le fondement de l'obligation «absolue» du banquier de restituer à qui de droit : «théorie de la garantie appliquée à la matière contractuelle ? Obligation paroxystique de résultat ?».

⁽³³⁾ V. p. ex. A. Bruyneel, op. cit., p.423. La doctrine française reconnaît quant à elle une double qualité au banquier, dépositaire et mandataire. En tant que dépositaire, il assume le risque des fonds inscrits en compte dont il est devenu propriétaire. En tant que mandataire, il ne doit supporter la charge d'un ordre frauduleux que si sa faute peut être prouvée par le titulaire. Cette superposition de qualités rend incertaine la détermination des obligations et de la responsabilité du banquier, ainsi qu'il apparaît clairement dans un arrêt du 5 janvier 1973 rendu par la Cour d'appel de Paris où le banquier, tenu en tant que dépositaire, a été absous en tant que mandataire (Rev. trim. dr. com., 1973, p.310 et s., obs. Cabrillac et Rives-Lange; comp. les observations critiques de F. Grua, op. cit., p.139).

⁽³⁴⁾ La prévisibilité du dommage est entendue en Belgique d'une façon particulièrement

SECTION II - DISPOSITIONS DE LA DIRECTIVE

§ I - LES DELAIS D'EXECUTION D'UN VIREMENT TRANSFRONTIERE

L'innovation majeure de la directive consiste à prévoir des délais d'exécution précis à charge des établissements concernés, ce qui spécifie le délai «normal» jusque là d'application en matière de virement. Ceci durcit les contours de l'obligation de diligence incombant aux banques qui exécutent un ordre hors délai. Encore faut-il observer que des conventions particulières plus souples peuvent déroger aux délais prévus par la directive.

L'article 6.1 de la directive dispose en effet que l'établissement du donneur d'ordre doit effectuer le virement dans le délai convenu avec le client, ce qui est une application du principe de la convention-loi. Ce délai peut être prévu dans une convention spécifique ou dans un document plus général tel qu'un règlement des opérations.

A défaut de convention, le virement doit parvenir sur le compte de l'établissement du bénéficiaire dans un délai de cinq jours bancaires ouvrables suivant la date d'acceptation de l'ordre de virement (art. 6.1, al. 2). La date d'acceptation est définie par l'article 2f) comme la date de réalisation de toutes les conditions exigées par un établissement pour l'exécution d'un ordre de virement, ce qui comprend notamment l'existence d'une couverture suffisante et les informations nécessaires à l'exécution de l'ordre. Selon la même logique, l'établissement du bénéficiaire est tenu de mettre les fonds reçus à la disposition de son client dans le délai convenu avec celui-ci ou à défaut, dans le délai d'un jour bancaire ouvrable suivant le jour où les fonds ont été crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire (art. 6.2). Le délai total d'exécution admis par la directive est de six jours bancaires ouvrables à compter de l'acceptation de l'ordre par le premier établissement, soit deux jours par établissement si l'on suppose que le virement transfrontière requiert le concours de trois établissements.

La sanction en cas de non-respect des délais convenus ou des délais prévus par la directive consiste dans le versement d'un intérêt de retard à charge de l'établissement concerné (cf. art. 6.1 et 6.2). En toute hypothèse,

rigoureuse pour le débiteur de l'obligation non exécutée. L. Cornélias, *Le sort imprévisible du dommage prévisible*, note sous Cass., 11 avril 1986, R.C.J.B., 1990, p.98 et s. La jurisprudence française paraît s'être orientée de façon différente, la prévisibilité du dommage devant également s'étendre à son importance. G. Viney, *Les obligations. La responsabilité : effets in* *Traité de droit civil* (J. Ghestin, éd.), Paris, L.G.D.J., 1988, p.424, n°320-321.

la responsabilité des établissements ne sera pas engagée si le délai d'exécution n'a pu être respecté à la suite d'un cas de force majeure telle qu'elle est définie à l'article 9 de la directive.

A notre avis, la faillite d'un établissement intermédiaire participant à la «chaîne» du virement ne constitue pas nécessairement une des «circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles» au sens de l'article 9. La panne temporaire, la défaillance d'une chambre de compensation ou d'un système de transmissions tel que SWIFT peuvent-elles être invoquées comme des cas de force majeure par les établissements qui en sont affectés ? La question est ouverte. Il faut admettre que certaines hypothèses pourraient être constitutives de force majeure dans la mesure où les établissements affectés n'ont pas la maîtrise des réseaux auxquels ils participent.

§ II - LE VIREMENT TRANSFRONTIERE EXECUTE TARDIVEMENT ET LES REGLES DE CONFLITS DE LOIS

La sanction prévue par la directive en cas de virement exécuté tardivement doit se combiner avec les sanctions prévues par le droit commun des États membres comme semble l'indiquer un article 6.4 maladroitement rédigé. La directive ne prévoit toutefois pas quel est le droit applicable à l'action intentée par une partie, donneur d'ordre ou bénéficiaire, contre un établissement dépendant d'un autre système juridique.

On peut imaginer qu'un donneur d'ordre appartenant à un système juridique A ait intérêt, en cas de retard dans le transfert lui occasionnant une perte importante (p. ex. la rupture d'un contrat), à intenter une action en dommages et intérêts contre un établissement intermédiaire ou contre l'établissement du bénéficiaire relevant d'un système juridique B. La question du droit applicable revêt un intérêt considérable si le système juridique B prévoit des solutions moins favorables au donneur d'ordre ou s'il exclut la possibilité d'une action directe contre un établissement avec lequel le donneur d'ordre n'a pas de lien contractuel direct.

La doctrine est assez discrète sur cette question ⁽³⁵⁾ qui doit se résoudre en tenant compte de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la

⁽³⁵⁾ Cf. p. ex. M. Vasseur, *Les transferts internationaux de fonds*, Académie de droit international, Recueil des cours, 1993, II, t. 239, Martinus Nijhoff Publishers, p.348 et s. Cet auteur souligne la complexité de la question et le peu de procès portant sur la solution des conflits de lois en matière de virements internationaux. Plus nettement, M. Cabrillac (op. cit., 1980, p.231) considère que le donneur d'ordre ne peut avoir d'action directe contre le banquier intermédiaire «que si la loi de ce dernier l'admet, puisque

loi applicable aux obligations contractuelles⁽³⁶⁾. A défaut de loi applicable prévue par les parties (art. 3 de la Convention), la Convention retient la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le système juridique du pays où la partie qui fournit la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale (art. 4 de la Convention).

L'application de la Convention de Rome au virement soulève des difficultés⁽³⁷⁾. Le virement instaure une relation triangulaire qui repose sur une chaîne de contrats⁽³⁸⁾ entre le donneur d'ordre et son établissement d'une part, entre les établissements chargés de l'exécution de l'ordre au niveau interbancaire d'autre part.

En matière de virement, on peut considérer que c'est l'établissement chargé de l'exécution de l'ordre qui fournit la prestation caractéristique⁽³⁹⁾ et que c'est la loi de l'établissement intermédiaire qui devrait s'appliquer au litige avec le donneur d'ordre insatisfait⁽⁴⁰⁾.

CHAPITRE II - LA RESPONSABILITE DE L'ETABLISSEMENT DU DONNEUR D'ORDRE A RAISON DU FAIT D'AUTRES ETABLISSEMENTS INTERVENANTS

L'exécution d'un ordre de virement peut impliquer l'intervention de plusieurs établissements, en particulier s'il s'agit d'un virement international⁽⁴¹⁾.

c'est la loi d'exécution du sous-mandat qu'il a reçu. Ce point de vue est toutefois antérieur à la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁽³⁶⁾ V. à ce sujet, J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, Rev. Banque éditeur, 2ème éd., Paris, 1996, p.10 et s.; *La Convention de Rome. Application aux opérations bancaires, colloque international de l'AEBDF*, Banque et Droit, n°spécial, juin 1993.

⁽³⁷⁾ V. les hésitations exprimées par M. Delieureux, *Les instruments du paiement international*, Revue de droit de l'U.L.B., 1993-2, p.118 et s. Sur le problème spécifique de l'action directe envisagé dans notre exemple, v. aussi les questions de P. Mayer, *Rapport de synthèse*, colloque AEBDF précité, p.46, 3ème col.

⁽³⁸⁾ En général V. Heuze, *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale*, Rev. crit. dr. internat. privé, 1996, p.243 et s.; F. Leclerc, *Les chaînes de contrats en droit international privé*, Journal de droit international, 1995, p.267 et s.

⁽³⁹⁾ Dans la relation entre l'établissement du donneur d'ordre et l'établissement intermédiaire, c'est, à notre avis, l'établissement intermédiaire qui fournit la prestation caractéristique à la demande du premier établissement.

⁽⁴⁰⁾ Contra apparemment M. Delieureux, op. cit., p.118.

⁽⁴¹⁾ Pour une description détaillée du mécanisme des paiements internationaux, B. Geva, *The Law of Electronic Funds Transfers*, Matthew Bender, 1992, 4-5 et s.; sur le cas

La collaboration de multiples intervenants à l'exécution d'un ordre de virement pose la question suivante : l'établissement du donneur d'ordre est-il tenu vis-à-vis de celui-ci de la défaillance (erreur, retard,...) de ceux auxquels il fait appel pour assurer l'exécution de l'ordre⁽⁴²⁾ ?

La réponse à cette question n'est pas uniforme. La jurisprudence est rare et divisée. Selon la qualification retenue, ou même à partir d'une qualification identique, la responsabilité du banquier du donneur d'ordre est tantôt allégée, tantôt affirmée (Section I). La directive sur les virements transfrontaliers affirme clairement, quant à elle, la responsabilité de l'établissement du donneur d'ordre en lui imposant une obligation de restitution (Section II).

SECTION I - VARIATIONS JURISPRUDENTIELLES SUR LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DU DONNEUR D'ORDRE

§ I - ALLEGEMENT DE LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DU DONNEUR D'ORDRE

Selon la doctrine française et belge dominante, le banquier qui prête sa collaboration à l'exécution de l'ordre de virement intervient en qualité de mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre. Pourvu qu'il n'ait pas commis de faute, le banquier du donneur d'ordre, par application de l'article 1994, alinéa 1 du Code civil n'est pas responsable de fautes commises par le mandataire substitué qui lui est imposé. Le donneur d'ordre dispose toutefois d'une action directe contre le banquier fautif par application de l'article 1994, alinéa 2⁽⁴³⁾.

A notre connaissance, ces principes se retrouvent rarement à l'état pur dans la jurisprudence⁽⁴⁴⁾. La Cour d'appel de Mons, dans un arrêt du 13

particulier des dépôts en euro-dollars, D. Carreau, Th. Flory, P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, L.G.D.J., 1990, p.481 et s.; L. Faems et V. Hermans, *Moyens de paiement et correspondent banking dans le nouvel espace européen*, Rev. Banque, 1992/8-9, p.484 et s.; M. Vasseur, op. cit., Rec. des Cours, 1993, II, p.155 et s.

⁽⁴²⁾ La question se pose aussi en matière de chèques. V. à propos d'ordres faux qui n'avaient pas été émis par le donneur d'ordre, Aix-en-Provence, 25 février 1980, D.S., 1981, I.R., p.506, obs. Vasseur (cas d'une banque française tirée devant, vis-à-vis de son client, prendre en charge la faute d'établissements néerlandais ayant payé des chèques de dépannage sans procéder aux vérifications requises).

⁽⁴³⁾ Sur ces principes, A. Bruyneel, op. cit., p.381 et s.; M. Cabrillac, op. cit., 1990, n°74 et s.; M. Vasseur, obs. D.S., 1992, Somm., p.22.

⁽⁴⁴⁾ Pas mal de décisions publiées retenant la qualification de mandat concernent des litiges entre banques. V. Paris 31 janvier 1986, Rev. trim. dr. com., 1986, p.418 et s.

février 1984⁽⁴⁵⁾, a retenu la responsabilité du banquier du bénéficiaire qui, après avoir redressé un numéro de compte incomplet de façon fantaisiste, avait ensuite crédité un de ses clients tombé peu après en faillite. La responsabilité du banquier du bénéficiaire est toutefois partagée avec celle du donneur d'ordre (quatre cinquième / un cinquième) qui avait mal libellé l'instruction. La responsabilité du banquier du donneur d'ordre n'est pas retenue⁽⁴⁶⁾ car il n'a pas commis de faute⁽⁴⁷⁾.

En l'espèce, le manquement émanait, notons-le, du banquier du bénéficiaire. Si l'on admet, comme le fait certaine doctrine⁽⁴⁸⁾, que celui-ci est un mandataire du bénéficiaire à l'encaissement, il paraît équitable que la banque du donneur d'ordre ne soit pas amenée à en répondre puisqu'elle ne peut le choisir. La banque du bénéficiaire, dans la théorie française du mandat, a un statut ambigu puisqu'elle cumule les qualités de mandataire substitué et de mandataire à l'encaissement (du bénéficiaire).

Sans faire allusion au mandat, la Cour suprême fédérale d'Allemagne a jugé, dans un arrêt du 19 mars 1991⁽⁴⁹⁾, que la banque du donneur d'ordre chargée de l'exécution d'un virement international n'a pas à répondre des erreurs commises par les banques intermédiaires, américaines en l'occurrence. Mais l'analyse que le droit allemand donne du virement est différente de celle du droit français : chaque banque (y compris les banques

(ordre de virement assorti d'une condition non observée par le banquier du bénéficiaire engageant sa responsabilité contractuelle de mandataire vis-à-vis du banquier du donneur d'ordre); trib. com. Paris 26 septembre 1984, D.S., 1985, I.R., p.342.

⁽⁴⁵⁾ Mons, 13 février 1984, Rev. Banque, 1984, p.51. Pour un commentaire d'ensemble, L. Simont et A. Bruyneel, *Chronique de droit bancaire privé (1979-1980)*, Rev. Banque, 1987/6, p.48 et s.

⁽⁴⁶⁾ La Cour d'appel de Mons considère que la première banque, malgré une anomalie apparente dans le second groupe de chiffres (indice bancaire du compte bénéficiaire), dispose des données nécessaires (1er groupe de chiffres) pour assurer un début d'exécution de l'ordre au plan interbancaire. Rappelons qu'en Belgique, la structure des numéros de compte est uniforme. Les trois premiers chiffres identifient l'organisme auprès duquel le compte est tenu, les sept chiffres suivants identifient le titulaire. Les deux derniers chiffres permettent de vérifier l'exactitude du numéro indiqué. Pour plus de détails, X. Thunis, op. cit., 1996, p.38 et s.

⁽⁴⁷⁾ En cas de faute, sa responsabilité contractuelle est engagée vis-à-vis du donneur d'ordre (Civ. Mons, 2 décembre 1987, D.C.C.R., 1989/5, p.52 et s., note M.-F. Antoine). En cas de faute des deux banques, le banquier du donneur d'ordre peut être tenu *in solidum*, avec le banquier du bénéficiaire vis-à-vis du donneur d'ordre : v. Trib. gr. inst. Paris, 4 janvier, J.C.P., 1968, II, 15572, note Gavalda.

⁽⁴⁸⁾ M. Cabrillac, op. cit., 1990, n°75.

⁽⁴⁹⁾ BGH 19 mars 1991, *Wertpapier-Mitteilungen* 1991, 797 commenté par M. Vasseur, D.S., 1992, Somm., p.21 et par M. D. Schodermeier, *Les droits de l'émetteur d'un virement international manqué par la faute d'une banque intermédiaire (étude comparative)*, Rev. de droit bancaire et de la bourse, mai/juin 1994, p.101 et s.

intermédiaires) intervient dans le circuit du virement en son nom propre et la banque du donneur d'ordre, à défaut d'une faute de choix, ne saurait être tenue du fait des banques intermédiaires qui ne sont pas ses préposés⁽⁵⁰⁾.

Selon des principes et des méthodes de raisonnement bien différents, le même genre de solution est adopté par le juge Posner dans l'affaire *Evra Corp*⁽⁵¹⁾. Dans cette affaire, un défaut d'approvisionnement du télex de la banque intermédiaire (Swiss Bank) entraîne un retard dans l'exécution du transfert et la résiliation d'un contrat d'affrètement particulièrement avantageux pour le donneur d'ordre (Hyman Michaels devenu ultérieurement *Evra Corp.*). Celui-ci se voit refuser l'indemnisation de son préjudice tant par sa propre banque (la Continental) que par la banque intermédiaire (la Swiss Bank). Selon le juge américain, la première n'a pas commis de faute; la seconde, quoique négligente, est tierce par rapport au donneur d'ordre⁽⁵²⁾ et ne peut être tenue des conséquences dommageables du transfert tardif⁽⁵³⁾, faute d'être informée des circonstances de l'opération. La décision, généralement critiquée, souligne le risque que court un donneur d'ordre confronté à la défaillance d'un maillon du circuit de paiement auquel il est extérieur. Elle montre aussi que la détermination du dommage prévisible fait problème quand le retard dans l'exécution, préjudiciable au donneur d'ordre, est dû à une banque intermédiaire qui ne peut pas apprécier l'ampleur des conséquences liées à son manquement sans information complémentaire sur l'opération de base.

⁽⁵⁰⁾ Sur ce point, M. D. Schodermeier, op. cit., p.106.

⁽⁵¹⁾ *Evra Corp v. Swiss Bank Corp* 522 F. Supp. 820, rev'd 673 F.2d 951. Pour un commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel, S. Karageorgiou, *Electronic Funds Transfers: Technical & Legal Overview*, Thèse, London, Queen Mary and Westfield College, 1990, p.273 et s. R. Effros, *A Primer on Electronic Fund Transfers*, in *The Law of International Trade Finance*, Kluwer 1989, p.172 et s.; X. Thunis, *Tendances récentes de la responsabilité des banques dans les opérations de transferts électroniques de fonds*, R.D.A.I., 1991/7, p.955 et s. (avec un exposé complet des faits).

⁽⁵²⁾ Selon la Cour : «*Privity is not a wholly artificial concept. It is one thing to imply duty to one with whom one has a contract and another to imply it to the entire world*» (p.956). En l'occurrence, la Swiss Bank était-elle véritablement un tiers, puisque comme le reconnaît la Cour, «*it knew or should have known, from Continental Bank's previous telexes, that Hyman Michaels was paying the Pandora Shipping Company for the hire of a motor vessel named Pandora*» (p.956).

⁽⁵³⁾ L'arrêt *Evra* distingue les dommages généraux (general damages) et les dommages «*dérivés*» (consequential damages). Selon la Cour, les dommages généraux sont la perte de fonds ou d'intérêts sur les fonds perdus (673 F.2d, p.955). Le manque à gagner subi par *Evra Corp.* à la suite de la résiliation du contrat serait un «*consequential damage*». Le concept de «*consequential damage*» serait, semble-t-il, à rapprocher non du dommage indirect (si l'on vise par là un dommage ne présentant pas un lien causal suffisamment intense avec la faute commise) mais du dommage imprévisible.

§ II - AFFIRMATION DE LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DU DONNEUR D'ORDRE

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 septembre 1988 ⁽³⁴⁾ retient la responsabilité de la banque du donneur d'ordre chargée de l'exécution d'un virement international ayant nécessité l'intervention successive d'une banque française et d'une banque américaine.

L'erreur de cette dernière avait entraîné une perte de change pour le donneur d'ordre. La banque française de celui-ci en est tenue responsable au motif qu'*«une banque doit répondre vis-à-vis de son mandant des mandataires qu'elle se substitue sans pouvoir prétendre qu'elle n'est pas responsable d'une faute commise par un autre»*.

Jurisprudence sévère pour la banque du donneur d'ordre : bien que la substitution de mandataire soit inhérente à une opération de virement international, ce qui devrait aboutir à la mise hors cause de la banque du donneur d'ordre par application de l'article 1994 du Code civil, la Cour paraît considérer que le mandataire reste tenu de surveiller le mandataire substitué et d'en répondre. Ce devoir de surveillance à charge du mandataire principal est diversement apprécié ⁽³⁵⁾. Il dissimule en réalité un choix de politique juridique consistant à faire reposer sur le banquier du donneur d'ordre le risque lié à l'exécution d'un virement international.

Quoique le fondement juridique en soit différent, la même solution est adoptée par la Cour d'appel de Paris ⁽³⁶⁾. Celle-ci considère qu'une banque

⁽³⁴⁾ Paris, 22 septembre 1988, D.S., 1991, Somm., p.30, obs. Vasseur; une autre décision de la Cour de cassation française du 30 novembre 1983 (D.S., 1984, I.R., p.308, obs. Vasseur) retient également la responsabilité d'une banque française pour l'erreur commise par sa correspondante brésilienne dans la détermination du destinataire. L'arrêt qui applique la qualification de mandat est relaté en termes si succincts qu'il n'offre guère de prise à l'analyse.

⁽³⁵⁾ Comp. avec des nuances M. Vasseur, obs. citées, apparemment défavorable à la solution et M. CABRILLAC, op. cit., 1990, n°77 plutôt favorable et citant à l'appui de cette solution Ph. Petel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n°343 et s.

⁽³⁶⁾ Paris, 26 novembre 1981 (D.S., 1982, I.R., p.502, obs. Vasseur). Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté. V. Cass. fr. (com.) 7 juin 1983, D.S., 1984, I.R., p.90, obs. Vasseur. En l'espèce, la banque française fut condamnée à indemniser son donneur d'ordre pour la perte d'une option d'achat suite au refus de la banque mexicaine de verser 10 000 \$ en règlement de l'opération projetée à Mexico. La Cour d'appel ne fait référence ni au mandat ni à la substitution de mandat. Elle subordonne par ailleurs une éventuelle action du donneur d'ordre contre la banque mexicaine à la preuve d'une faute délictuelle (inexistante en l'espèce). La Cour n'a sans doute pas été insensible à la faute commise par la banque française qui n'avait pas apporté à sa correspondante mexicaine les précisions nécessaires à l'identification d'un bénéficiaire, ce qui aurait permis la

française répond vis-à-vis de son client donneur d'ordre du fait *non* fautif d'une banque mexicaine correspondante au motif qu'elle est tenue d'une obligation de résultat en tant que dépositaire des fonds et qu'elle ne peut s'en exonérer qu'en démontrant que la non-restitution (au Mexique) des fonds déposés en temps voulu provient d'une cause étrangère présentant le caractère de force majeure.

Très similaire également sinon dans la motivation, du moins dans la solution, un arrêt de la Cour de cassation belge du 21 juin 1979 ⁽³⁷⁾ applique à la matière du virement le principe suivant lequel un débiteur (en l'occurrence la banque belge du donneur d'ordre) engage sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du créancier même si l'inexécution de l'obligation est due au fait d'un agent d'exécution (en l'occurrence une banque new yorkaise n'ayant pas respecté les modalités particulières de l'ordre).

On peut y voir une application du principe de la responsabilité contractuelle pour autrui en vertu duquel un débiteur, même s'il ne commet pas de faute propre, répond des manquements commis par les agents d'exécution auxquels il a confié tout ou partie de ses missions ⁽³⁸⁾.

Un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers souligne toutefois, très justement, les limites à l'application de la qualification d'agent d'exécution : il considère que la banque du bénéficiaire d'un virement ne saurait être considérée comme un agent d'exécution puisqu'elle est désignée par le donneur d'ordre et non par sa banque ⁽³⁹⁾.

libération des fonds au lieu et en temps voulu. Pour plus de détails, M. Vasseur, *Recueil des cours*, op. cit., 1993, p.318 et s.

⁽³⁷⁾ *Pas.*, 1979, I, 226; J.T., 1979, p.675. Pour un commentaire, P.-H. Delvaux, *La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984*, J.T., 1987, p.418; L. Simont et A. Bruyneel, *Chronique de droit bancaire privé (1978-1979)*, Rev. Banque 1980/1, p.118; P. Van Ommeslaghe, *Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations*, R.C.J.B., 1986, p.212.

⁽³⁸⁾ Le principe est admis (v. les références citées par Ph. Delvaux, op. cit., note 4) même si le concept de responsabilité du fait d'autrui a été critiqué. On a prétendu, non sans logique, qu'il ne s'agissait que d'une hypothèse de responsabilité personnelle du débiteur, R. Rodière, *Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ?*, D., chr. 1952, p.79 et s. Comp. J. Dabin, *De la validité des clauses d'exonération de la responsabilité en matière contractuelle couvrant : 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde intentionnelle des préposés*, note sous Cass., 25 septembre 1959, R.C.J.B., 1960, en particulier p.25. M. Teyssie, propose quant à lui, de rechercher un fondement général dans l'article 1245 du Code civil interprété de façon extensive (B. Teyssie, *Les groupes de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1975, p.205). Pour une discussion critique, E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maarten, Kluwer, Antwerpen, Appeldoorn, 1984, p.44; P.-H. Delvaux, op. cit., p.417 et s.

⁽³⁹⁾ Anvers, 26 octobre 1993, *Tijdschrift voor notarissen*, 1994/1, p.79 et s.

Ajoutons que bon nombre de transferts de fonds s'opèrent par le biais de centres d'échanges et de compensation. Ceux-ci imposent très souvent leurs normes aux institutions participantes. Il ne paraît guère réaliste de les considérer comme agents d'exécution ou comme mandataires des banques dans l'exécution de virements internationaux⁽⁶⁰⁾.

Quoiqu'il en soit sur le plan, théorique, de la qualification, la divergence des solutions exposées ci-dessus plaide pour une clarification que la directive européenne apporte dans une certaine mesure.

SECTION II - L'OBLIGATION DE REMBOURSEMENT IMPOSEE PAR LA DIRECTIVE A L'ETABLISSEMENT DU DONNEUR D'ORDRE

§ I - L'AFFIRMATION DU PRINCIPE

L'article 8 constitue une des innovations les plus nettes de la directive par rapport au droit commun du virement tel qu'il vient d'être décrit. Cette disposition, inspirée de l'article 14 de la loi-type de la CNUDCI⁽⁶¹⁾, prévoit que si le montant d'un virement transfrontalier n'est pas crédité sur le compte de l'établissement du bénéficiaire, l'établissement du donneur d'ordre est tenu de créditer ce dernier du montant du virement majoré d'un intérêt et des frais déjà réglés par le donneur d'ordre.

De même, chaque établissement intermédiaire est tenu de rembourser le montant du virement à l'établissement qui lui a donné l'instruction de l'effectuer.

Pour éviter de mettre en péril la solvabilité des établissements concernés, la directive limite l'obligation de remboursement à un maximum de 12.500 écus.

En dépit de la limitation prévue, le principe est celui d'une responsabilité de plein droit de l'établissement du donneur d'ordre envers son client, le premier devant, en cas d'inexécution du virement, rembourser le second en principal et intérêts. Sous réserve de l'article 9 relatif à la force

⁽⁶⁰⁾ Pour plus de détails, X. Thunis, op. cit., 1996, p.184 et s.

⁽⁶¹⁾ L'article 14 de la loi-type consacre la responsabilité de la banque du donneur d'ordre si le paiement n'a pas été exécuté ou a été exécuté hors délai. Pour un commentaire de cette règle fortement contestée par les banques européennes, M. Vasseur, *Les principaux articles de la Loi-type de la CNUDCI sur les virements internationaux et leur influence sur les travaux de la Commission de Bruxelles concernant les paiements frontaliers*, R.D.A.I., 1993/2, p.182.

majeure⁽⁶²⁾, la responsabilité de l'établissement du donneur d'ordre est engagée même si l'inexécution du virement provient de la défaillance d'un établissement intermédiaire choisi sans faute de sa part. Cette solution pourrait se justifier au regard du droit commun si l'on considère l'établissement intermédiaire comme un agent d'exécution dont le débiteur principal (i. e. l'établissement du donneur d'ordre) est contractuellement responsable vis-à-vis du donneur d'ordre. On a toutefois vu les limites de ce genre de qualification.

L'article 8.1. visant l'hypothèse où les fonds ne sont pas crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire, il faut en conclure que le bénéficiaire supporte les incidents empêchant son établissement dûment crédité de lui transférer les fonds⁽⁶³⁾.

Le terme de responsabilité est mal choisi pour qualifier l'obligation imposée à l'établissement du donneur d'ordre. La terminologie anglo-saxonne «money-back guarantee» désigne plus exactement la charge, la garantie de remboursement qui lui incombe en cas de défaillance de l'un des intervenants dans le circuit du paiement.

§ II - LIMITES DU PRINCIPE

1°) L'obligation de remboursement ne joue pas en cas de force majeure au sens de l'article 9 de la directive alors qu'une obligation de garantie devrait en principe couvrir tout risque de non-remboursement même s'il n'est pas imputable à l'établissement du donneur d'ordre. Assez curieusement, l'article 9 de la directive définit la force majeure par rapport aux «diligences déployées», ce qui subrepticement risque de réintroduire un débat sur la qualité du comportement des établissements en cause.

Contrairement à ce qui est prévu par la loi-type de la CNUDCI, l'obligation de remboursement est limitée à un montant de 12.500 écus (art. 8.1), ce qui est une solution moyenne entre l'absence totale de remboursement et l'obligation illimitée au remboursement. Ce montant paraît assez arbitraire. L'exécution incorrecte d'un virement ne donne pas nécessairement lieu à la perte du montant de l'ordre mais à des dommages qui peuvent excéder largement le montant de celui-ci.

Encore faut-il souligner que l'article 8.1. prévoit cette obligation plafonnée «sans préjudice de tout autre recours susceptible d'être

⁽⁶²⁾ V. supra.

⁽⁶³⁾ Ce genre d'hypothèse a été tranché par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 juin 1991, D.S., 1992, Somm., p.23, obs. Vasseur.

présenté» ce qui, du point de vue du donneur d'ordre, peut signifier deux choses :

- d'une part, le maintien de son recours de droit commun contre son établissement pour l'indemnisation du préjudice subi, dans les limites toutefois du préjudice prévisible ⁽⁶⁴⁾;

- d'autre part, le maintien de son action directe fondée sur l'article 1994, alinéa 2 ⁽⁶⁵⁾ contre le banquier défaillant. A la lecture de la directive, il n'est pas très clair si cette action directe peut s'exercer pour la totalité du préjudice ou pour la partie du dommage excédant le maximum prévu par la directive, déduction faite du montant de 12.500 écus dû par l'établissement du donneur d'ordre.

Ce second recours suppose naturellement que le droit applicable au litige reconnaisse au donneur d'ordre une action directe contre un des établissements intervenants au circuit de paiement. Les situations risquent d'être complexes ainsi qu'on l'a vu plus haut.

2°) L'obligation de remboursement ne s'applique pas si l'inexécution du virement est due à une erreur ou à une omission du donneur d'ordre ou d'un établissement intermédiaire choisi expressément par ce dernier (art. 8.3) ⁽⁶⁶⁾. La même solution vaut pour les actions entre établissements si l'inexécution découle d'une erreur ou d'une omission dans les instructions données par l'établissement en amont (art. 8.1., *in fine*).

3°) Enfin l'obligation de remboursement ne s'applique pas si l'inexécution du virement est imputable à un établissement intermédiaire choisi par l'établissement du bénéficiaire (art. 8.2.). Dans ce cas, c'est l'établissement du bénéficiaire qui sera tenu de rembourser ce dernier.

La directive a une conception volontariste des systèmes de paiement. Elle parle de choix d'un établissement intermédiaire par l'établissement du bénéficiaire. On peut se demander où réside ce choix. Il y a un circuit de paiement quasiment imposé par le bon acheminement du virement. Il doit transiter par un ou plusieurs établissements correspondants permettant le

⁽⁶⁴⁾ C. civ. art. 1150 et 1151.

⁽⁶⁵⁾ Ceci dans l'hypothèse où l'on accepte la qualification du mandat.

⁽⁶⁶⁾ Le droit commun est plus nuancé et prend en considération la façon dont le banquier a exercé son devoir de contrôle de l'ordre. V. p. ex., Aix-en-Provence, 29 octobre 1991, D.S., 1993, Somm., p.57; obs. Vasseur, Com. 27 février 1996, Rev. trim. dr. com., 1996, p.307, obs. Cabrillac.

transfert de l'établissement du donneur d'ordre à l'établissement du bénéficiaire.

Peut-être l'article 8.2. vise-t-il l'hypothèse où l'établissement du bénéficiaire, sans être membre directement d'une chambre de compensation nationale, y participe par le truchement d'un participant direct.

Ici encore peut-on vraiment parler de choix puisque la participation, directe ou indirecte à une chambre de compensation, est pratiquement obligée pour les établissements de crédit ?

*
* *

La directive commentée, qui doit être transposée par les Etats membres au plus tard le 14 août 1999 (article 11.1), comporte bon nombre de dispositions dont l'intérêt pratique et théorique est important, qu'il s'agisse de l'exécution des virements transfrontières ou de la transparence des conditions qui leur sont applicables. L'obligation de remboursement pesant sur l'établissement du donneur d'ordre est une innovation réelle dont la portée devra être précisée.

La directive ne s'implante toutefois pas sur un terrain vierge. Les Etats membres ont, chacun, développé un corps de règles applicables au virement. Il n'est pas exclu que les solutions prévues par la directive influencent les juges nationaux appelés à trancher des litiges relatifs à des virements domestiques mal exécutés. A l'inverse, les droits internes offrent, au donneur d'ordre notamment, certaines ressources juridiques complémentaires qui vont devoir être combinées avec les dispositions de la directive, moyennant détermination de la loi applicable.

Ceci ouvre une réflexion générale : très foisonnante, la matière des paiements scripturaux doit, à notre avis, être abordée de façon globale. Il est curieux à cet égard que la directive paraisse se limiter aux seules hypothèses des virements tardivement ou erronément exécutés sans envisager les fraudes qui peuvent affecter l'émission ou l'exécution des ordres et se traduisent aussi par des «mauvais» paiements.

Dans la même veine, on rappellera que l'utilisation des cartes de paiement qui, récemment encore, a fait l'objet d'une recommandation européenne ⁽⁶⁷⁾, peut aboutir à un virement international.

⁽⁶⁷⁾ Recommandation de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation

Il est compréhensible que les autorités européennes, pressées par les impératifs du moment, attaquent les modes de paiement «par où le bât blesse».

Le risque est de méconnaître l'unité de l'opération de paiement en la soumettant, sans réflexion, à des règles différentes en fonction de l'émetteur, du support ou du montant de l'ordre.

A l'heure où les systèmes de paiement prolifèrent, il serait paradoxal que l'approche juridique ne soit pas, elle aussi, un tant soit peu systémique.